

MICHELE TRIMARCHI

Professore associato di diritto amministrativo – Università di Foggia

michele.trimarchi@unifg.it

**POTERE AMMINISTRATIVO E SITUAZIONI GIURIDICHE
SOGGETTIVE TRA DIRITTO SOSTANZIALE E PROCESSO.
QUALCHE OSSERVAZIONE**

**ADMINISTRATIVE POWER AND SUBJECTIVE LEGAL SITUATIONS
BETWEEN SUBSTANTIVE LAW AND PROCESS. SOME
OBSERVATION**

SINTESI

L'articolo discute la recente monografia di Andrea Carbone. In particolare, l'Autore svolge alcune considerazioni sulle persistenti difficoltà di concepire la pretesa al bene finale come oggetto del processo amministrativo

ABSTRACT

The Author discusses the recent monograph by Andrea Carbone and makes some considerations on the persistent difficulties in conceiving the claim to the final good as the object of the administrative judicial review.

PAROLE CHIAVE: potere, amministrazione, pretesa

KEYWORDS: power, administration, claim

INDICE: 1. Premessa – 2. Le situazioni giuridiche soggettive nel modello procedurale di accertamento – 3. Qualche possibile rilievo – 4. L'oggetto del processo – 5. Per concludere

1. Premessa

Il corposo saggio di Andrea Carbone pubblicato in questo numero di *P.A. - Persona e Amministrazione* è dedicato in larga parte alla sintesi del primo volume della Sua opera, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, Torino, Giappichelli, 2020¹.

¹I numeri tra parentesi nel testo si riferiscono alle pagine del dattiloscritto del saggio di Andrea Carbone pubblicato in questo numero di *P.A. - Persona e Amministrazione*.

La tesi di fondo del volume, ripresa nel saggio qui pubblicato, è che la situazione giuridica soggettiva del privato che si confronta con il potere amministrativo ha la consistenza di una vera e propria pretesa, avente ad oggetto l'utilità finale.

La ricostruzione è innovativa perché, come l'Autore osserva, le dottrine che concepiscono l'interesse legittimo come pretesa individuano per lo più l'oggetto della stessa in un bene strumentale, in particolare nella legittimità del provvedimento o nel provvedimento legittimo².

La posizione di Carbone si distacca anche da quella di chi autorevolmente costruisce l'interesse legittimo come pretesa al bene finale³. Secondo questo Autore infatti la pretesa sorge nel corso del procedimento, a valle dell'esercizio della discrezionalità da parte dell'amministrazione, mentre per Carbone essa sussiste già dall'avvio del procedimento.

Per sostenere che la pretesa ha ad oggetto il bene finale Carbone affronta con piglio innovativo il tema della discrezionalità amministrativa, rendendosi ben conto che sin qui, se nessuno ha concepito la situazione del cittadino nei termini da lui proposti, è perché l'esistenza di un margine di scelta in capo all'amministrazione sembra logicamente impedire di qualificare come vera e propria pretesa l'interesse del privato a che sia assentito quel che è solo uno tra gli assetti di interesse possibili.

2. Le situazioni giuridiche soggettive nel modello procedurale di accertamento

La strategia argomentativa di Carbone consiste nell'osservare che ciò che davvero caratterizza la funzione amministrativa non è che la scelta del criterio di preferenza sia rimessa all'amministrazione, bensì che l'attività decisoria,

²Per tutti, L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, 105 ss., *passim*, e i successivi scritti dello stesso A. e della Scuola fiorentina citati da Andrea Carbone.

³G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. Amm.*, 2014, 479 ss.

nell'ambito della quale si determina quel criterio di preferenza, si svolga all'interno di uno schema procedurale dotato della sostanza del processo⁴.

Secondo l'Autore, «*la previsione di un modello di accertamento, all'interno del quale si viene a collocare l'esplicazione della situazione giuridica di potere, è idonea ad ascrivere al modello stesso anche l'attività, differente, che caratterizza la scelta in ordine all'elaborazione del criterio di preferenza*»⁵.

In altre parole, sussisterebbe «*un'equiparazione procedurale, sotto il profilo normativo, tra la valutazione dei fatti, oggetto di verifica in ordine alla fattispecie, e degli interessi, oggetto di ponderazione in ordine alla elaborazione del criterio di preferenza; nel senso che quest'ultima attività viene normativamente ascritta alla prima sotto il profilo procedurale*»⁶.

Tanto si desume dall'art. 8, l. n. 241 del 1990, il quale stabilisce tra l'altro che l'amministrazione nella comunicazione di avvio del procedimento deve individuare l'oggetto del provvedimento finale. Questa disposizione, infatti, presuppone «*avvenuta una fase pre-procedimentale, la cui istruttoria abbia portato all'elaborazione della relativa proposta di decisione*» e alla «*determinazione, sia pur provvisoria, di un criterio di preferenza*». Si comprende a questo punto perché l'attività valutativa sia formalmente ascritta alla modalità procedurale dell'accertamento: ciò avviene in quanto essa consiste in una «*verifica in relazione ad una proposta di decisione*»⁷.

⁴A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, Torino, 2020, 443 ss.

⁵A. CARBONE, *Potere*, cit., 447.

⁶A. CARBONE, *Potere*, cit., 454. Scrive Carbone: «*la previsione di un modello strutturale di accertamento [...] non può [...] richiamarsi al fine di fornire una descrizione della logica del processo decisionario*» ma è «*idonea a rilevare in altro senso, quale valore giuridico che l'ordinamento pone in ordine alla considerazione di una modalità di produzione del diritto. Si vuole sostenere cioè che, nel momento in cui risulti possibile rinvenire un modello di produzione incentrato sulla verifica del fatto rispetto alla norma, rispetto al quale ricevere rilievo giuridico la sostanza processuale dell'attività, allora anche le ulteriori attività valutative, che rispetto all'accertamento siano strumentali o correlate, devono essere ascritte a tale modello strutturale. Ciò in quanto l'ordinamento, nel porre il modello, ha effettuato una precisa scelta di valore in ordine alle modalità di esplicazione del potere, fondando su di esse il profilo dinamico al potere afferente*» (450).

⁷A. CARBONE, *Potere*, cit., 455. Da qui la conclusione: «*la considerazione di una proposta di decisione da verificare, rispetto alla quale il criterio di preferenza è definito (o comunque si presuppone normativamente definito) in via provvisoria, comporta che la norma avente ad oggetto il criterio di preferenza debba essere considerata come giuridicamente già sussistente, nel suo assetto definitivo, ai fini della struttura normativa della funzione*». «*L'attività successiva, l'attività procedimentale, è, sempre sul piano di detta struttura normativa, attività di verifica della sussistenza della situazione giuridica [...] in questi termini, il modello normativo inquadra in una struttura di accertamento il processo di decisione [...]*». Decisiva per l'elaborazione del pensiero dell'A. su questo punto appare la ricostruzione di A. ZITO, *Le pretese partecipative del*

L'Autore tiene peraltro a ribadire che la connotazione dell'intera attività decisoria come accertamento non comporta che dal punto di vista sostanziale l'elaborazione della regola di preferenza confluisca nell'attività di accertamento, in quanto ciò equivarrebbe a negare la discrezionalità. L'equiparazione del momento valutativo a quello dell'accertamento avviene soltanto «a livello normativo in ordine al particolare assetto procedurale di riferimento; avviene, cioè, sul piano, appunto, procedurale, mantenendo intatta la considerazione sostanziale del potere»⁸.

Il dualismo tra la sostanza della decisione, che consiste nella determinazione della regola di preferenza da parte dell'amministrazione, e il modello procedurale della funzione, rappresentato dall'accertamento, si ripercuote sulla struttura delle situazioni giuridiche coinvolte, il potere amministrativo discrezionale e la situazione che vi si confronta⁹.

La discrezionalità comporta che la fattispecie normativa del potere discrezionale contenga un elemento elastico, suscettibile di staticizzazione tramite la determinazione definitiva del criterio di preferenza nell'ambito del procedimento. Tuttavia, la scelta di fondo che l'ordinamento ha compiuto per il modello procedurale di accertamento come modalità di esercizio del potere amministrativo comporta di dover ritenere, quantomeno sul piano del modello formale-astratto, che la norma definitoria del potere sia in ogni caso esistente e completa già all'avvio del procedimento: o in quanto posta in via astratta dalla legge (se l'attività è vincolata) o in quanto posta dalla stessa amministrazione nella fase pre-procedimentale (se l'attività è discrezionale).

L'elemento elastico del potere, quindi, «è normativamente considerato già sussistente, pur nella sua elasticità, [...] all'avvio del procedimento, nel momento in cui, in altri termini, viene posta la domanda, la cui fondatezza deve essere verificata, attraverso un'attività normativamente ascritta ad un modello processuale di accertamento»¹⁰. Di conseguenza, il procedimento si configura sempre — «a prescindere, cioè dalla vincolatezza o meno

privato nel procedimento amministrativo, Milano, 1996, 77 ss.

⁸A. CARBONE, *Potere*, cit., 455 s.

⁹A. CARBONE, *Potere*, cit., 456 ss.

¹⁰A. CARBONE, *Potere*, cit., 460.

della fattispecie della situazione giuridica di potere in ordine al criterio di preferenza [...]» — come un processo volto all'accertamento in concreto della sussistenza del potere¹¹.

Le prerogative discrezionali dell'amministrazione, secondo la tesi di Carbone, rilevano quindi come elementi elastici della fattispecie normativa del potere e si suppongono esistenti all'avvio del procedimento. La situazione giuridica del privato, che con il potere si rapporta, presenta la stessa struttura del potere, in quanto fa riferimento «*alla medesima fattispecie di produzione dell'effetto*»¹². Poiché la regola di preferenza si considera presupposta all'avvio del procedimento con la proposta di decisione (l'autoproposta nei procedimenti d'ufficio, oppure la proposta veicolata con l'istanza di parte), anche tale situazione sussiste sin dall'avvio del procedimento come pretesa al conseguimento del bene finale.

Rimane però il fatto che, dal punto di vista sostanziale, come l'elemento elastico del potere è destinato a staticizzarsi nel procedimento, così anche la pretesa del privato contiene un elemento destinato a staticizzarsi nel procedimento, corrispondente alle valutazioni discrezionali dell'amministrazione: sicché la pretesa stessa risulta condizionata alla staticizzazione dell'elemento medesimo, che può portare all'accertamento positivo della stessa (il privato conseguirà il bene) o all'accertamento negativo (il privato non conseguirà il bene)¹³.

3. Qualche possibile rilievo

Secondo Carbone, come si è visto, il compimento delle valutazioni proprie della discrezionalità, volte come sono alla determinazione della regola di preferenza, è sostanzialmente ben altro che una semplice attività di accertamento, in quanto non è riconducibile ad un fenomeno di qualificazione normativa; tuttavia, dal punto di vista formale, esso andrebbe considerato normativamente assimilato all'accertamento medesimo, in quanto l'ordinamento avrebbe

¹¹A. CARBONE, *Potere*, cit., 456.

¹²A. CARBONE, *Potere*, cit., 461.

¹³A. CARBONE, *Potere*, cit., 517.

compiuto una scelta di fondo nel senso di configurare la funzione amministrativa come luogo di formazione della decisione secondo il modello procedurale dell'accertamento.

A fronte di questa prospettazione si può forse sollevare il dubbio che l'ordinamento abbia effettivamente assunto il modello dell'accertamento processuale come il congegno tecnico per la formazione della decisione amministrativa. Alla pregevole ricostruzione dell'Autore si potrebbe obiettare che, quando l'ordinamento rimette la sua attuazione ad una decisione discrezionale, il senso di questa scelta, proprio in quanto la discrezionalità è cosa diversa dall'accertamento, è esattamente l'opposto di quanto sostenuto nel volume; il senso, cioè, è di escludere l'accertamento come modalità di produzione dell'effetto giuridico (oppure, come è forse più realistico ritenere con riferimento alla azione amministrativa discrezionale, di adottare una soluzione intermedia, caratterizzata dalla compresenza di momenti di accertamento e momenti di scelta tra alternative valide).

D'altra parte, pure qualora si desse credito all'idea che la determinazione del criterio di preferenza avviene in una fase antecedente all'avvio del procedimento, come l'Autore propone di ritenere, ciò non sarebbe comunque in grado di conferire all'attività decisionale che si svolge a seguire il passo e il carattere dell'accertamento (o se si vuole della verifica della sussistenza della situazione giuridica), in quanto, come lo stesso Autore riconosce, il progetto di provvedimento formulato in sede pre-procedimentale non può avere più che il significato di una ipotesi, suscettibile dei più vari emendamenti e anche di smentita alla luce di opzioni valoriali (di preferenze) che si formano e si consolidano all'interno del procedimento, anche per effetto dell'apporto dei privati; e tutto questo, si badi, non attiene solo alla sostanza reale del processo decisionale, ma anche al suo modello normativo, atteso che l'intera disciplina del contraddittorio presuppone la possibilità che l'amministrazione cambi idea nel corso del procedimento.

Ora, se la scelta ordinamentale di predisporre un potere discrezionale fosse essenzialmente in antitesi con la configurazione della funzione come attività di accertamento, o comunque se fosse eccessivo ritenere che l'ordinamento abbia compiuto una scelta assiologica netta e indiscutibile verso questa modalità di attuazione, cadrebbe il postulato che induce l'Autore a ritenere possibile, anzi necessario, attrarre le valutazioni discrezionali alla logica accertamento, malgrado ne riconosca la differenza sul piano sostanziale.

Sotto un profilo concorrente, c'è da chiedersi se questa attrazione non sia comunque una forzatura, una volta che si sia riconosciuto che il *proprium* della discrezionalità risiede in una scelta di preferenza autonomamente operata dall'amministrazione. In altre parole, non si riesce fino in fondo a comprendere per quale ragione, e in base a quale principio giuridico, bisognerebbe accedere ad una così profonda scissione, come è quella che l'A. propone, tra la sostanza e la forma del processo decisionale; accedere cioè all'idea che, malgrado la discrezionalità amministrativa sia ben altro dall'accertamento, essa andrebbe considerata attratta dal diritto alla logica dell'accertamento medesimo.

La difficoltà di ricondurre le valutazioni discrezionali alla logica del puro accertamento non consente di seguire il successivo passaggio del ragionamento dell'Autore, che è quello di costruire la situazione giuridica che si confronta con il potere (la chiameremo, per brevità, interesse legittimo) come pretesa di carattere procedurale al bene finale, visto che tale costruzione della situazione giuridica soggettiva appare desunta dall'ambiente procedurale in cui l'Autore la colloca.

Del resto, è lo stesso Autore, quando si intrattiene sulla tutela giurisdizionale costitutiva, a distinguere i casi in cui la pretesa è rivolta alla adozione della sentenza in quanto tale dai casi in cui è rivolta alla determinazione dell'effetto favorevole all'attore, precisando che questa seconda ipotesi ricorre quando il convenuto ha mancato di esercitare sul piano sostanziale un potere soddisfattivo dell'attore (allora creditore), sicché quest'ultimo chiede in giudizio una sentenza

che tenga luogo dell'atto precettivo mancante. Poiché non è difficile accostare questa ipotesi all'attività vincolata della pubblica amministrazione, pare confermato che di una vera e propria pretesa avente ad oggetto il bene della vita non si possa parlare quando l'attività è discrezionale.

Sembra quindi realistico dar credito all'indicazione che si desume piana- mente dal diritto positivo (art. 34, comma 3, 31, comma 3, c.p.a.): ovvero che dove vi è discrezionalità, non vi è, né può esservi, pretesa al bene finale. Que- sto assioma non può essere smentito neppure dalla più raffinata delle teorie, in quanto si impone non in ragione di una determinata dogmatica, bensì come ri- caduta di una determinata distribuzione di compiti tra poteri dello Stato. Sulla quale tanto è stato detto e su cui non ha senso tornare in questa sede.

Le riserve espresse in relazione alla possibilità di concepire una pretesa del privato rivolta all'utilità finale si sciolgono in gran parte non appena si con- siderino le conclusioni che lo stesso Autore ha provvisoriamente raggiunto.

Ed infatti, come abbiamo visto, la pretesa al bene finale concepita da Carbone contiene una componente elastica che corrisponde alla valutazione di- screzionale rimessa all'amministrazione (e quindi corrisponde alla componente elastica del potere) e addirittura impedisce al giudice, quantomeno in termini generali, di operare un pieno accertamento della pretesa medesima. Si tratta dunque di una pretesa condizionata alla individuazione da parte dell'ammi- nistrazione di una regola di preferenza favorevole al suo titolare.

In questi termini la costruzione proposta si pone a fianco di quella che individua come substrato sostanziale dell'interesse legittimo l'interesse materia- le (al c.d. bene della vita, che non è altro se non l'effetto giuridico favorevole) e al contempo precisa che questo interesse è protetto secondo la modalità della sua possibile soddisfazione e non secondo la modalità della soddisfazione ga- rantita¹⁴.

¹⁴È la tesi di Antonio Romano Tassone, illustrata da A. CARBONE, *Potere*, cit., 296-301, nel cui solco Andrea Carbone dichiara apertamente di porsi a p. 469.

La teoria di Carbone, pur non del tutto accettabile per le ragioni viste, contribuisce in modo significativo a sostenere questa prospettiva di ricerca: in quanto la pretesa al bene della vita dotata di una componente elastica, in fin dei conti, riflette la realtà di un interesse protetto, di cui però l'ordinamento non garantisce la soddisfazione.

La possibilità di concepire un interesse come oggetto di una situazione giuridica soggettiva anche se l'ordinamento non ne garantisce la soddisfazione, ma soltanto la considera possibile, rappresenta una acquisizione importante, e forse non ancora sufficientemente meditata dalla dottrina, se si considera che l'intero dibattito sull'interesse legittimo è in fondo condizionato dalla ferma convinzione, diffusa e spesso inespressa, che l'interesse al bene della vita non possa essere il sostrato materiale dell'interesse legittimo poiché di tale interesse non è garantita la soddisfazione¹⁵.

4. L'oggetto del processo

L'ultimo paragrafo del saggio di Carbone pubblicato in questa Rivista, il cui titolo è “*Conclusioni, Considerazioni ulteriori sul declinarsi del processo amministrativo a fronte della concezione della situazione giuridica fatta propria in questa sede*”, riprende alcune considerazioni svolte nel volume edito, ma soprattutto anticipa argomenti sviluppati nel secondo volume in corso di pubblicazione.

Il tema dei risvolti processuali è di estrema importanza nell'economia dell'opera di Carbone, in quanto sin dalle prime pagine del primo volume Egli dichiara che la ricostruzione della situazione giuridica soggettiva del privato, alla quale sono dedicati gli sforzi compendiativi nel primo volume, è funzionale alla individuazione dell'oggetto del processo amministrativo e del tipo di tutela che il giudice amministrativo può erogare a fronte della struttura del diritto sostanziale sul quale opera.

¹⁵Sulla centralità di questo snodo teorico nell'attuale dibattito sull'interesse legittimo v. F. G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 173. Per alcuni spunti ricostruttivi, a partire proprio dall'idea che per aversi situazione giuridica soggettiva non occorre che l'interesse sia protetto in termini di garanzia di soddisfazione, M. TRIMARCHI, *Decisione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, in R. Ursi – M. Renna, a cura di, *La decisione amministrativa*, Napoli, 2021, 131 ss.

Il paragrafo finale del saggio si apre con l'affermazione che *«la situazione giuridica del privato, concepita come pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto, è idonea ad esser posta ad oggetto del giudizio. Ciò, tuttavia, non può avvenire per mezzo dell'azione di annullamento [...]». Deve farsi ricorso all'esperimento di un'azione di condanna ad un facere/non facere; all'esperimento, cioè, di quella forma di tutela il cui oggetto è rappresentato dalla situazione giuridica soggettiva in base alla quale è doverosa l'assunzione di un comportamento, lesa dall'inadempimento del soggetto obbligato. Tale è appunto una situazione di pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto, lesa dal mancato adempimento del prelativo obbligo da parte dell'Amministrazione».*

Il passo è significativo. Emerge chiaramente che la situazione giuridica soggettiva costruita dall'A. intanto può essere posta ad oggetto del processo, in quanto sia esperita dal ricorrente l'azione di condanna. Se poi si considera che l'intento dell'A., manifestato sin dall'inizio del libro, è di individuare in termini generali l'oggetto del processo amministrativo, è facile desumere che la costruzione teorica della situazione giuridica soggettiva nei termini visti si accompagna, nel pensiero dell'A., alla concezione del processo amministrativo come giudizio di condanna. In altre parole, per Carbone la pretesa può essere considerata oggetto del processo amministrativo, poiché lo stesso esibisce in via generale la struttura del processo di condanna (e non del processo costitutivo).

In concreto, la generalizzazione del modello della condanna comporta che si ammetta la proposizione dell'azione di adempimento non solo quando l'attività amministrativa è vincolata in astratta o in concreto, ma anche a fronte dell'esercizio di poteri discrezionali. In secondo luogo, la generalizzazione del modello della condanna passa per la sua applicazione non soltanto laddove si tratti di tutelare interessi pretensivi, ma anche interessi oppositivi. Questa, in effetti, è la prospettiva di Carbone; e si tornerà a breve sul punto.

Una volta chiarito che oggetto del processo è la pretesa come da Lui concepita, Carbone distingue l'ipotesi in cui la situazione giuridica portata al cospetto del giudice è pienamente staticizzata da quella in cui non lo sia.

La situazione è staticizzata se la discrezionalità è esaurita prima del processo. Le condizioni perché la pretesa sia tale sono due. «*In primo luogo, si deve essere pervenuti ad una compiuta determinazione della regola di preferenza (ciò che non potrebbe riscontrarsi, ad es., se non vi è stata alcuna decisione). Inoltre, tale regola di preferenza deve rimanere intatta rispetto all'esito della confutazioni effettuata in ordine ad essa*» (70).

Per comprendere quando queste condizioni si verificano è essenziale il concetto di esaustività della decisione. Secondo Carbone, infatti, «*Il giudice amministrativo, dinanzi al quale l'atto è contestato, prende infatti in considerazione non un esercizio meramente del potere in via meramente sostanziale, ma un accertamento compiuto dall'Amministrazione quale decisione portata al suo esame; questa, in quanto appunto decisione, si presume esaustiva rispetto al suo oggetto, cioè alla sussistenza o all'insussistenza della situazione giuridica di potere (nel senso descritto, e nel suo svolgimento relazionale con le altre posizioni coinvolte). Solo nel caso in cui, tenuto conto di ciò, nella ridefinizione della decisione si apra, in ragione della invalidità rilevata, più di una possibilità rispetto a quelle (da considerarsi) già vagliate nell'originaria staticizzazione della regola, la discrezionalità non potrà allora dirsi esaurita. Ciò che avverrebbe, qualora ad una nuova decisione sulla situazione giuridica non possa pervenirsi senza un'attività istruttoria ulteriore, che risulti correlata alla necessità di staticizzazione della regola, giacché in tale scenario, la scelta discrezionale non potrebbe dirsi esaurita all'interno della precedente determinazione*».

Se la situazione è staticizzata, l'accertamento giudiziale può «*coprire interamente la situazione giuridica*»: il processo definisce una volta per tutte l'assetto del rapporto controverso.

Se la situazione non è staticizzata, perché la decisione difetta o è dimostrata la sua non-esaustività, al giudice non è «*consentito procedere all'elaborazione del criterio di preferenza che consente la staticizzazione dell'elemento elastico della fattispecie, giacché, altrimenti, si sostituirebbe all'Amministrazione nella determinazione della scelta valoriale ad essa demandata*». Di conseguenza, in questo caso, l'accertamento «*andrebbe a coprire la situazione giuridica nel suo concreto livello di staticizzazione [...] ciò che*

la parte viene ad ottenere è (non il mero riesercizio corretto della discrezionalità, ma) il conseguimento dell'utilità finale, al netto dell'esaurimento della scelta discrezionale» (71).

Siamo qui dinanzi ad un altro tratto caratterizzante del pensiero dell'A.

Egli concepisce per un verso il processo amministrativo come processo di condanna, ammettendo l'azione di adempimento anche a fronte di poteri discrezionali, ma al tempo stesso, stante il divieto per il giudice di sostituirsi all'amministrazione nel compimento di valutazioni discrezionali, ritiene che se la discrezionalità non è esaurita, e quindi la pretesa non è staticizzata, la condanna non ha ad oggetto il rilascio del provvedimento, ma soltanto quei profili del riesercizio del potere che corrispondono agli aspetti staticizzati della situazione dedotta in giudizio (in questo senso, la condanna è «*al netto dell'esaurimento della scelta discrezionale*», cioè, con altre parole, è pronunciata fatto salvo il riesercizio della discrezionalità).

Il fatto che la situazione sia staticizzata o meno, come si vede, è decisivo per il tipo di tutela che si può conseguire con l'azione di condanna. Il discorso di Carbone però è ulteriormente articolato rispetto a quanto visto sin qui, perché il carattere statico o elastico della situazione giuridica soggettiva va apprezzato non solo prima del processo, ma anche nel corso di svolgimento dello stesso.

In sintesi, se la situazione si presenta staticizzata all'avvio del giudizio, è data alle parti resistenti facoltà di dimostrare che essa in realtà non sia tale; e, se la situazione non è staticizzata all'avvio del giudizio, è possibile che questa si staticizzi nel corso del giudizio tramite la spendita della discrezionalità nel corso del giudizio.

4. Per concludere

La larghezza con cui Carbone ammette la spendita in giudizio della discrezionalità può destare qualche preoccupazione in chi si attenga alla regola che l'amministrazione entra nel processo come parte, non come potere¹⁶.

¹⁶F. LEDDA, *Elogio della forma scritto da un anticonformista*, in *Foro amm.*, 2000, 3449.

Si deve però al contempo riconoscere che, nell'ambito di un processo di condanna, avente ad oggetto la pretesa al bene finale, è fisiologico, e persino necessario, ampliare lo strumentario difensivo a disposizione della pubblica amministrazione, consentendole di allegare fatti impeditivi della pretesa che estendono la cognizione del giudice a profili non rappresentati nel provvedimento.

La questione di fondo è pertanto quella che si pone a monte, ovvero la possibilità di concepire il processo amministrativo come un processo che ha ad oggetto una pretesa al bene finale e che si struttura pertanto secondo le logiche del puro giudizio di condanna.

Sulla consistenza della situazione giuridica abbiamo già detto; adesso, per concludere, qualche breve osservazione sulla strutturazione del processo come giudizio di condanna.

Il codice del processo amministrativo sembra invero prevedere che il carattere vincolato dell'attività amministrativa, o l'intervenuto esaurimento della discrezionalità, è condizione di proponibilità (ammissibilità) dell'azione di adempimento.

Ed infatti, l'art. 34, comma 1, lett. d), richiede il carattere vincolato (in astratto o in concreto) dell'attività come presupposto di ammissibilità dell'azione, e non come elemento che deve sussistere al momento della decisione della causa.

È vero che l'art. 34, comma 1, lett. d), fa rinvio all'art. 31 comma 3, ai sensi del quale «*il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità*». Ma è altresì vero che l'art. 34, comma 1, lett. d), rinvia all'altra disposizione per definire i "limiti" nei quali "l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento è esercitata". È naturale dunque ritenere che il requisito dell'attività vincolata (in astratto o in concreto) sia richiesto ai fini della proponibilità dell'azione.

Per questa interpretazione milita altresì il fatto che la legge giustapponga l'attività vincolata in astratto a quella vincolata in concreto: se il vincolo rilevante fosse quello che sorge al termine del contraddittorio processuale, la distinzione non avrebbe senso perché si tratterebbe sempre di un vincolo in concreto.

In altre parole, l'azione di adempimento intanto può essere proposta, in quanto il provvedimento annullato sia espressione di un potere vincolato oppure abbia esso stesso esaurito la discrezionalità. Se è così, come in effetti sembra essere, sussiste un ostacolo di diritto positivo alla generalizzazione dell'azione di condanna: nel senso che la stessa non può essere proposta a fronte di poteri che si presentano discrezionali alle soglie del giudizio.

Ancora, non si può omettere di considerare che, secondo il codice, l'azione di condanna deve essere proposta contestualmente ad altra azione, in particolare all'azione di annullamento del provvedimento lesivo oppure all'azione di accertamento del silenzio. La proposizione dell'azione di condanna pertanto estende l'oggetto del giudizio oltre la questione di legittimità, introducendo la pretesa al bene finale, ma non scalza del tutto la struttura impugnatoria del giudizio. Il ricorrente che propone l'azione di adempimento, deve innanzitutto contestare la legittimità della determinazione della pubblica amministrazione, tramite l'articolazione di specifici motivi di ricorso; solo se il provvedimento è illegittimo, il giudice verificherà la spettanza del bene richiesto con l'azione di condanna.

In conclusione, si può avere qualche dubbio sulla possibilità di costruire il processo amministrativo come processo di condanna puro e semplice, soprattutto quando il provvedimento impugnato è espressione di un potere discrezionale. Il che riporta il discorso al terreno suo proprio, che è quello del diritto sostanziale, in quanto si tratta di verificare entro quali ambiti l'amministrazione può adottare le proprie scelte, e in particolare se e a quali condizioni la conclusione del procedimento concluda altresì lo spazio deliberativo concesso

all'amministrazione. Solo in questo caso la discrezionalità è esaurita e il ricorrente può ottenere il bene della vita in sede processuale. E le considerazioni di Andrea Carbone sull'eshaustività della decisione forniscono un contributo rilevante anche su questo profilo decisivo.